

DOCTRINA

Control de constitucionalidad y de convencionalidad: Dilemas a propósito del denominado «diálogo» entre las cortes de justicia

*Control of constitutionality and conventionality:
Dilemmas regarding the so-called «dialogue» between the courts of justice*

Oscar Andrés Pazo Pineda 

Universidad de San Martín de Porres, Perú

RESUMEN El control de convencionalidad ha planteado importantes interrogantes en los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta investigación, se examinan dos escenarios en los que pueden presentarse ciertas resistencias a su implementación. El primero se relaciona con los modelos que la doctrina ha denominado como *weak form constitutionalism*, que optan por no brindar la última palabra con respecto a la interpretación de los derechos a los tribunales de justicia. Por otro lado, también se cuestiona el hecho de que este control impide la articulación de un diálogo entre tribunales, ya que no permite que los jueces nacionales expongan su lectura de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE Control de convencionalidad, control de constitucionalidad, función judicial, derechos fundamentales, tribunales de justicia.

ABSTRACT Conventionality control has raised important questions in national legal systems. In this investigation, two scenarios are examined in which certain resistance to their implementation may arise. The first is related to the models that the doctrine has called *weak-form constitutionalism*, which choose not to give the last word regarding the interpretation of rights to the courts of justice. On the other hand, the fact that this control prevents the articulation of a dialogue between courts is also questioned, since it does not allow national judges to present their reading of fundamental rights.

KEYWORDS Conventionality control, constitutionality control, judicial function, human rights, courts of justice.

Introducción

El control de convencionalidad ha generado intensos debates entre constitucionalistas e internacionalistas. La referencia a este concepto, que se remonta al caso *Almonacid Arellano con Chile* (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006),¹ plantea distintas interrogantes desde el derecho constitucional, ya que en algunos ordenamientos puede suponer la alteración del esquema de fuentes del derecho reconocido en la norma fundamental. Por otro lado, potencialmente puede poner al juez estatal en una delicada encrucijada debido a que, según los criterios del Tribunal Interamericano, inclusive estaría llamado a dejar de aplicar su propia Constitución con el propósito de garantizar el cumplimiento de los estándares de la corte regional.

De hecho, es posible sostener que el control de convencionalidad, como ha sido formulado, obliga internacionalmente a los Estados a implementar un sistema de control *judicial* de constitucionalidad de las leyes. Se conoce, a partir del estudio del derecho comparado, que existen varios países que a diferencia de la corriente mayoritaria han decidido implementar mecanismos que han sido calificados como *weak constitutionalism* y que no dan necesariamente la última palabra en la interpretación de los derechos a una corte de justicia. De esta forma, la obligación que para las cortes locales supone la no aplicación de normas contrarias a los estándares interamericanos equivale, en los hechos, a que necesariamente los Estados tengan que regular modelos fuertes de revisión judicial.

Tampoco pueden dejar de indicarse los inconvenientes que el control de convencionalidad supone a propósito de lo que la doctrina ha denominado como «diálogo judicial». Así, frente a la tendencia de asumir que los tribunales locales e internacionales confluyen en la configuración de una suerte de *global community of courts*, el control de convencionalidad puede suponer, llevado a su situación más extrema, el retorno de los modelos de imposición en los que los tribunales locales se vean impedidos de poder ejercer alguna clase de influencia en el tribunal interamericano, con respecto a su lectura o entendimiento basados en su experiencia local de las libertades fundamentales.

Por esto, este estudio pretende abordar dichas problemáticas y sugerir algunas respuestas, lo cual resulta indispensable para la optimización de la tutela de los derechos fundamentales del ser humano.

El control de constitucionalidad y de convencionalidad: Problemáticas desde la perspectiva de las fuentes del derecho

La culminación de la Segunda Guerra Mundial supuso la promoción y creación de distintas entidades internacionales, así como la suscripción, por una considerable cantidad de Estados, de diversos tratados multilaterales, los cuales reflejaban que la efectiva

1. El destacado es nuestro. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Texto disponible en: bit.ly/3eeAv9K.

tutela de los derechos fundamentales de la persona solo podía ser plenamente realizada si es que era concebida más allá de las fronteras estatales. Estos convenios, en esencia, recogían muchas libertades que ya estaban reconocidas en las cartas locales, pero con la ventaja que el ente que recibía las denuncias ya no era parte de la estructura estatal nacional, con todo lo que ello implica para los gobiernos autoritarios.

El traslado de ciertos conceptos e ideas locales al plano internacional supuso el inicio de un rico proceso de conocimiento mutuo. De este modo, la internacionalización del derecho conducía, de una u otra forma, a un proceso de armonización de normas (Berman, 2007: 1190). Los estragos que se desencadenaron a propósito de las conflagraciones mundiales generaron reflexiones comunes en torno a la idea de que los derechos fundamentales serían como una suerte de patrimonio común de la humanidad, por lo que su tutela no podía ser únicamente asignada a los Estados, los cuales eran, en muchas ocasiones, juez y parte en esta clase de reclamos. Así, de no encontrar la persona la protección deseada en sede interna, tenía expedito su derecho de acudir ante organismos internacionales.

Ahora bien, la creación de estas instancias de decisión generó que se planteen importantes interrogantes con respecto a las fuentes del derecho estatal. Este último, habituado a la idea de la supremacía de la Constitución local, tenía que afrontar el dilema de reconocer la existencia de una jurisdicción internacional con competencia para enjuiciar a los Estados. Este contexto propició importantes discusiones en torno a la ubicación y la jerarquía de los tratados internacionales dentro de los ordenamientos locales. En el período inmediatamente posterior al fin de la Segunda Guerra Mundial, existía cierto consenso en torno a la idea de que los tratados tenían, por lo menos, rango legal.² Estas bases, bastante consolidadas, empezaron a ser repensadas a propósito de la aprobación de tratados en materia de derechos de la persona.

El debate se originaba porque, a diferencia de los clásicos tratados celebrados por los Estados que usualmente se vinculaban con temas de carácter económico, los instrumentos sobre derechos humanos se relacionaban con las libertades ya reconocidas en las cartas fundamentales locales. Es conocido que, por lo general, los derechos de las personas eran, para ese entonces, una de las bases de los ordenamientos estatales, lo que se relacionaba a la clásica idea de Constitución que se desprendía del conocido artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De esta manera, empezaron las dudas en torno al rango de estos instrumentos, ya que, si ellos estaban entrelazados con los derechos que ya se encontraban reconocidos en las

2. Esto implicaba que cualquier conflicto entre un tratado y una ley debía ser resuelto aplicando la anti-nomía de «ley posterior deroga a la ley anterior» (como ocurre aún en el modelo estadounidense) o que, en caso de conflicto entre un tratado y la Constitución estatal, debía prevalecer esta última en aplicación del criterio «ley superior deroga ley inferior». Incluso, en la actualidad, muchos Estados siguen reconociendo esta última fórmula para analizar esta clase de situaciones de conflicto. Sin embargo, a fin de evitar alguna eventual responsabilidad internacional, muchos de ellos (como ocurre en Francia, Costa Rica o Colombia) han implementado modelos de control preventivos de constitucionalidad de tratados con el fin de no cuestionar uno que ya se encuentre en vigor.

cartas nacionales, era posible sostener que el rango que les correspondería era, indefectiblemente, el constitucional.

Sin embargo, no fue así de clara la situación para las Constituciones nacionales, al menos en Europa, primer continente en contar con un sistema regional de protección de los derechos humanos. La práctica de los Estados europeos en relación con estos tratados ha oscilado entre brindarles rango constitucional (en algunas experiencias, inclusive, algunas personas sugieren que *supraconstitucional*) *supralegal* (esto es, superior a las leyes ordinarias pero inferiores a la constitución) y, como ocurre aún en muchos Estados, el mismo trato que a las leyes (Peters, 2007: 269). En algunos países, y en virtud del silencio de las cartas locales, también se le suele brindar un rango, por lo menos superior al de las leyes ordinarias.

La ubicación jerárquica de los tratados internacionales en los respectivos ordenamientos internos no es un asunto irrelevante, ya que puede tener importantes repercusiones en cuestiones relacionadas con el control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de justicia. Durante muchos años, un caso bastante particular fue el francés, en el cual existía una nítida distinción entre el control de constitucionalidad y el denominado control de convencionalidad. En efecto, en ese ordenamiento, el Consejo Constitucional se reservaba el control de constitucionalidad mientras que a los tribunales ordinarios les correspondía el control de convencionalidad (Cid, 2016: 146). Esto obedecía a que los tratados tenían, en dicho país, rango *supralegal*, por lo que formalmente no habían sido incorporados como parámetros para el control de constitucionalidad, lo cual explica que el Consejo no estimara como un asunto constitucionalmente relevante el que una ley interna fuera contraria a un convenio internacional. En consecuencia, el análisis de esta clase de reclamos debía corresponder a los jueces (Cárdenes, 2012: 47).³

El caso estadounidense también refleja la problemática de la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales. Como se sabe, incluso en la actualidad se le asigna a todos los tratados el mismo rango que a las leyes. Esto supone que cualquier contradicción entre un instrumento internacional y las normas internas debe ser resuelta a través de la fórmula *lex posterior derogat priori*. La Corte Suprema Federal ha intentado reducir los efectos de esta postura con el conocido *Charming Betsy Test*. Este canon de evaluación, como lo explicó en su momento el conocido *justice Marshall*, implica que un acto del Congreso no debe ser considerado como una vulneración de la ley de las

3. Como bien anota Cárdenes, «el punto de partida de la historia del control de convencionalidad en Francia debe identificarse en una decisión célebre del Consejo Constitucional, la decisión 74-54 dC del 15 de enero de 1975, denominada IVG. En esa oportunidad, el Consejo determina que el control de convencionalidad no es un control de constitucionalidad y, por ende, el control de la adecuación de leyes ordinarias a los tratados (fundamentalmente la Convención europea de derechos humanos del 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos) corresponde a las jurisdicciones ordinarias. En ese sentido, la Corte de Casación dicta, el 24 de mayo de 1975, el *arrêt* “*Sociétés des Cafés Jacques Vabre*” (d., 1975, 497, *concl. touffait*), y el Consejo de Estado, el 20 de octubre de 1989, el *arrêt* “*Nicolo*” (Ce, 20 de octubre de 1989, “*nicolo*”, rec., p. 190, *concl. p. Frydman*)».

naciones si es que es posible encontrar algún sentido interpretativo que permita evitar esta suerte de confrontación (Crootof, 2011: 1792). Sin embargo, esta fórmula es de poca utilidad cuando el Congreso manifiesta la clara intención de dejar sin efecto, por una disposición de derecho interno, algún acuerdo internacional, algo que no es inusual en la política exterior estadounidense.

De esta forma, la cuestión vinculada con el rango que el ordenamiento interno brinda a los tratados (particularmente a los de derechos humanos) tiene importantes repercusiones. Algunos textos constitucionales han intentado evitar este problema al hacer referencia a que estos instrumentos permiten interpretar los derechos reconocidos en la Constitución local. En el caso peruano, por ejemplo, pese a que la Constitución de 1993 asigna a los tratados en general el rango de ley, el Tribunal Constitucional ha precisado que esta clase de convenios ostentan rango constitucional, lo cual obedece a que desarrollan los derechos fundamentales reconocidos en la carta y a que, además, la cuarta disposición final y transitoria de la Carta Fundamental reconoce que ellos fungen de parámetro interpretativo (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente 0047-2004-PI, 2006: fundamento 22).⁴

Esta situación es aún más compleja cuando se examina el panorama desde el punto de vista del derecho internacional. Por lo general, los tribunales encargados de la interpretación de los convenios han asumido, en la misma línea de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que los Estados no pueden invocar sus normas internas (incluidas las constitucionales) para justificar el incumplimiento de una obligación internacional.⁵ Evidentemente, no se trata de algo que haya sido asumido de forma positiva por los Estados, los cuales siguen considerando que retienen las suficientes cuotas de soberanía como para poder emplear su normatividad interna en juicios más allá de sus fronteras.

Esta tensión entre los ordenamientos locales e internacionales ha encontrado uno de sus puntos más álgidos con la creación, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del control de convencionalidad. Esta técnica implica, como se examinará en el siguiente apartado, que los jueces nacionales deban adoptar en los litigios que conozcan los estándares fijados por el tribunal regional. Ahora bien, esto puede encontrarse reñido con la organización judicial interna del Estado, la cual, por ejemplo, puede simplemente no reconocer a sus tribunales la potestad de no aplicar

4. El Tribunal Constitucional del Perú ha indicado que «nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, estos tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional —conforme al artículo 55 de la Constitución— sino que, además, por mandato de ella misma son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa». Fallo disponible en bit.ly/384203g.

5. Sobre este punto, un antecedente importante será lo resuelto en la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los empleados ferroviarios de Danzig de 1928, en el que la Corte será enfática en precisar que los Estados no pueden invocar sus Constituciones para incumplir con sus obligaciones internacionales.

las leyes que sean contrarias a los derechos fundamentales por entender que esa no es una función que les corresponda de manera exclusiva, ya que deben compartirla con órganos como los parlamentos nacionales.

El derecho comparado ha brindado importantes ejemplos en relación con la posibilidad que los debates en torno al contenido y alcance de las libertades fundamentales no se centralicen en una corte de justicia. Por lo general, esta clase de modelos demandan la interacción entre los parlamentos y las cortes, y este debate puede culminar con el veredicto popular en las urnas (Albert, 2017: 33).⁶ Evidentemente, en estos países no se podría implementar —al menos no sin alterar la distribución de poderes de conformidad con el derecho interno— el control de convencionalidad, ya que esto supondría dotarles de una atribución que, en virtud de la Constitución nacional, no poseen.

En ese sentido, no sorprende que se haya intentado distinguir lo que es el control judicial de la idea de la supremacía judicial. La segunda noción se vincularía con la posibilidad de que sean los tribunales los que siempre terminen por resolver los casos, independientemente de lo que sea objeto de litigio. Se ha señalado que en esta clase de sistemas existe poca propensión al diálogo genuino (Waldron, 2018: 237), lo cual obedece a que los tribunales hacen prevalecer su lectura de la Constitución sin tener la necesidad de considerar la opinión de otros actores políticos de relevancia.

El otorgamiento de este poder a los jueces, a propósito de lo resuelto por un tribunal internacional, puede implicar una serie de reformas sensibles al interior del Estado. Es importante recordar que la posibilidad de implementar un control judicial de constitucionalidad de las leyes no es una cuestión que se presente en todos los ordenamientos jurídicos. Por lo general, existen razones tanto históricas como culturales para que las cortes no sean la instancia final de decisión sobre asuntos especialmente sensibles. De este modo, exigir a las instancias locales la aplicación del control de convencionalidad puede suponer, como se examinará, un asunto problemático dentro de estas experiencias.

6. Como se desarrollará con posterioridad, el modelo de Canadá de 1982 permite, en buena cuenta, que los grandes desacuerdos sobre la interpretación de los derechos puedan culminar en las urnas, ya que el artículo 33 de la Carta de Derechos y Libertades permite la posibilidad de que una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley no sea ejecutada durante un plazo de cinco años si el órgano legislativo así lo plantea. Esto permite que sea el pueblo el que, a través de su voto, pueda decidir la fórmula interpretativa final. Del mismo modo, también es posible advertir que en muchos países se ha acudido a la fórmula de la reforma constitucional (en diversas ocasiones, aprobada por referéndum) para revertir alguna posible extralimitación de una corte de justicia que ha declarado la inconstitucionalidad de alguna ley. Esto último puede ser de relevancia, sobre todo cuando en algunas ocasiones los tribunales pueden efectuar, de forma velada, alguna reforma constitucional a través de sus sentencias, lo cual supone enmendarla sin acudir al procedimiento que establece la norma fundamental para esta clase de casos.

El control de convencionalidad y la problemática de los modelos de *weak constitutionalism*

El control de convencionalidad implica que los órganos judiciales estatales tienen el deber, en los casos concretos que conocen, de aplicar tanto las disposiciones de la Convención Americana como los estándares desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este criterio, que inicialmente era una obligación que correspondía solo a los tribunales locales en virtud de lo señalado en el caso *Almonacid Arellano con Chile*,⁷ parece haber sido extendida a otros órganos de la administración en virtud de lo sostenido por el mismo tribunal regional en la sentencia recaída en *Gelman con Uruguay* (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Gelman vs. Uruguay, 2011),⁸ en la cual se precisó que esta clase de control no solo recaía en el poder judicial estatal, sino que, en general, la administración también tenía la obligación de adoptar todas las medidas que fueran necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de la Convención.

Ahora bien, el control de convencionalidad, como ha sido diseñado por la Corte Interamericana, implica que los Estados que son parte de la Convención se encuentran obligados a implementar, dentro de sus ordenamientos estatales, un modelo de supremacía judicial de control de validez de las leyes. Debe recordarse que este control obliga a las autoridades nacionales a preferir los estándares y criterios del tribunal interamericano antes que la aplicación directa de cualquier disposición de derecho interno, incluidas las cláusulas constitucionales.⁹

De esta manera, el control de convencionalidad pone a los tribunales locales en una situación bastante ventajosa, ya que les brinda, independientemente del esquema de distribución de poderes a nivel nacional, el poder de no aplicar las normas que sean contrarias a los estándares interamericanos. Esto, al menos en la región americana, no ha generado tantas críticas de las autoridades estatales, las cuales suelen estar habitadas a brindar importantes atribuciones a las cortes. Sin embargo, e independientemente de este factor, algo cierto es que estos criterios obligarían a los Estados a considerar que la única fórmula correcta para garantizar la plena vigencia de los estándares interamericanos es situando a los jueces en una posición prevaleciente con respecto a los

7. Véase nota 1.

8. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Texto disponible en bit.ly/34FR8bt.

9. De hecho, en el caso *Boyce con Barbados*, la Corte Interamericana cuestionó que, a propósito de una ley que establecía la aplicación inmediata de la pena de muerte por la comisión de ciertos delitos en contra de la vida, el juez local no haya aplicado el control de convencionalidad pese a que, según la Constitución de ese país, las leyes preconstitucionales (y la ley impugnada ostentaba este carácter) no podían ser cuestionadas por los tribunales locales a través del control difuso. Evidentemente, este fallo genera la sensación de que el tribunal interamericano también estaría insinuando que es una obligación del juez nacional no aplicar, incluso, cláusulas constitucionales que pueden ser consideradas como contrarias con los estándares interamericanos. Esta idea se consolida si es que se examinan las medidas de reparación dictadas en el caso, ya que el tribunal interamericano ordenó, entre otras cosas, que se reforme la Constitución de Barbados.

parlamentos. Sin embargo, esta lectura, aunque entendible, no es la única existente para resolver los problemas relacionados con la delimitación del contenido y el alcance de las libertades fundamentales.

En muchas oportunidades, la doctrina ha debatido si es que el modelo ideal de protección de los derechos fundamentales demanda, *necesariamente*, que se implemente un poder judicial local con atribuciones suficientes como para dejar sin efecto cualquier decisión del poder legislativo o el ejecutivo. De este modo, ha sido objeto de un nutrido e inagotable debate discutir sobre si es que los tribunales o los parlamentos deben tener la palabra definitiva con respecto a la interpretación de los derechos fundamentales.

A partir de este interesante intercambio han nacido fórmulas mixtas de tutela que la doctrina ha denominado como *weak constitutionalism*, que demuestran que las sociedades democráticas no requieren que toda fórmula de protección de los derechos exija que sean las cortes de justicia las que terminen resolviendo los aspectos más sensibles al interior de una sociedad democrática. Como bien recuerda Mark Tushnet (2013: 2250), este modelo de control, que es una de las principales innovaciones en el diseño constitucional del siglo XX, implica una revisión judicial de carácter débil, lo cual obedece a que las especificaciones acerca del significado de alguna cláusula constitucional puedan ser revisadas en el curso ordinario de la actividad legislativa.

No se trata simplemente de un diseño de carácter teórico. Existen países que han implementado esta clase de fórmulas en sus respectivos ordenamientos, lo cual, como no puede ser de otro modo, impacta en la función judicial. Estas formas de *weak constitutionalism* no suponen que los tribunales sean ajenos a la labor de interpretación de los derechos, solo implican que ellos ya no tendrán la palabra definitiva en relación con esta materia, siendo unos actores más en esta labor de configuración al lado de otros órganos y actores civiles. Un modelo bastante conocido que aplica esta forma de control es el canadiense, a través de la cláusula 33 de la Carta de Derechos y Libertades. Este sistema:

Permite a los parlamentos blindar su legislación con respecto a un examen por violación de derechos. Es decir, el legislador puede prevenir el examen judicial de una ley por violación de los derechos constitucionales o reaccionar ante una decisión judicial que declare su inconstitucionalidad, haciendo triunfar su postura (Niembro, 2019: 124).

Como es posible de advertir, la determinación del significado final de esta carta se produce a propósito de una interacción entre los parlamentos y las cortes. De la revisión textual de este documento, se puede apreciar que el órgano legislativo es el que se constituiría como órgano de cierre de este intercambio, sin embargo, los parlamentos canadienses no se han caracterizado por efectuar un uso recurrente de esta clase de cláusulas, sobre todo a nivel federal. Un caso excepcional ha sido el de la provincia de Quebec, la cual, en el período entre 1982 y 1985, acudió a ella de forma frecuente como una muestra de rechazo con respecto al acuerdo que se había adoptado entre el gobierno y las provincias relativo a una carta de derechos (Noguera, 2013: 176). Luego de esta

turbulenta etapa, han sido pocas las ocasiones en las que el Partido Liberal y el Partido *québécois* la han utilizado.

Sin perjuicio de esto, una discusión interesante se produjo en 2005 luego de que algunos parlamentarios propusieran emplear una cláusula *notwithstanding* para asegurarse que el concepto de matrimonio solo quedara circunscrito a la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, como recuerda De Montalvo (2012: 400), esta iniciativa no prosperó, ya que la ley que terminaría por regular el matrimonio (*Civil Marriage Act*) reconocería en su preámbulo, de forma expresa, que la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo no podía ser cuestionada a través del procedimiento previsto en el artículo 33 de la Carta. De hecho, el Parlamento nacional canadiense terminó por considerar que las cláusulas *notwithstanding* no podían ser empleadas para desconocer derechos vinculados con el principio de igualdad y no discriminación.

Es curiosa la evolución del modelo canadiense, ya que, independientemente de la fórmula reconocida en la Carta, ha evolucionado a ser un país que en lo judicial parece más cercano a los Estados Unidos que al Reino Unido. En efecto, como anota Hirschl (2004: 20), solo durante las primeras dos décadas de funcionamiento de este documento la Corte Suprema ha declarado como inconstitucionales, de forma total o parcial, 36 leyes federales y 32 de carácter provincial, lo que demuestra una intervención activa con respecto a la fiscalización del quehacer parlamentario. Ahora bien, se había indicado que Canadá representaba un modelo de diálogo interorgánico y lo recientemente expuesto pareciera reflejar la existencia de un modelo de supremacía judicial. Sin embargo, no debe dejarse de lado el hecho que la regulación de las cláusulas *notwithstanding* aún sigue vigente en Canadá. Esto representa una importante válvula de escape en caso que la Corte Suprema adopte alguna decisión que no sea compartida por el Parlamento. Lo dialógico del modelo radica en que este grave desacuerdo terminará siendo resuelto por el pueblo canadiense, ya que el lapso de cinco años que habilita el artículo 33 de la Carta ha sido pensado justamente para tomar en cuenta el calendario electoral, y que este sea el que pueda determinar si comparte la fórmula del órgano legislativo o judicial.

Otra fórmula que demuestra que no es necesario que los tribunales ostenten, en todos los casos, la última palabra en relación con la interpretación de los derechos fundamentales es el implementado a propósito de la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 (HRA). En virtud de fórmula, los tribunales domésticos se encuentran obligados, en primer lugar, a interpretar las disposiciones internas, en lo que fuera posible, en armonía con las obligaciones que se desprenden del Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De no ser ese el caso, y cuando la autoridad judicial no encuentre un sentido interpretativo conforme a este instrumento internacional, procederá a expedir lo que se ha denominado como «declaración de incompatibilidad», la cual no es en sí un fallo vinculante para las partes, ya que su función solo radica en poner en alerta al Parlamento sobre alguna posible disposición que sea contraria al Convenio (Kavanagh, 2015: 1014). Será este último órgano el que determine si mantiene o no la disposición que ha sido cuestionada.

Es importante enfatizar que la HRA no se reduce únicamente al reconocimiento de una importante función de control a favor de la autoridad judicial, la cual, por el principio de soberanía parlamentaria, usualmente estuvo alejada de la posibilidad de efectuar esta clase de análisis con anterioridad. En efecto, como bien anota Virgala (2017: 106), existe una primera fase de control preventivo en la que corresponde al gobierno examinar que una propuesta presentada es conforme con el Convenio Europeo. Con posterioridad, corresponde al *Joint Committee on Human Rights* examinar el proyecto para confirmar que este análisis de compatibilidad sea correcto. Lo llamativo de este modelo, que tampoco se caracteriza por reconocer un modelo de supremacía judicial, es que el Parlamento tomará la decisión final con respecto a si cambia, deroga o incluso mantiene la ley que ha sido cuestionada (Harel y Shinar, 2012: 958). También es importante destacar que esta ley permite iniciar un procedimiento expeditivo para la aprobación de un estatuto que no sea contrario al Convenio Europeo o, inclusive, para poner inmediatamente en vigor una propuesta hasta que el Parlamento adopte la decisión definitiva (Tushnet, 2003: 821).

Finalmente, un ejemplo notable es el de los Países Bajos. Su Constitución de 1983 fue actualizada en el 2008 y se caracteriza por prohibir explícitamente el control de constitucionalidad por parte de los tribunales con respecto a los actos del Parlamento o los tratados. En este modelo son los denominados Estados Generales —un órgano político— los encargados de efectuar esta clase de fiscalización. En realidad, como hace notar Cid (2016: 116), lo más cercano a un control judicial lo efectúa el Consejo de Estado (*Raad van State*), supremo órgano consultivo al que el gobierno somete los proyectos de ley o decretos. Así, no existe alguna clase de control judicial de constitucionalidad, lo cual no ha impedido que este Estado se inserte en el cuadro de democracias más sólidas del mundo como lo ha reportado el reconocido informe sobre índices de democracias que publica *The Economist*.

Esto demuestra que no es una *conditio sine qua non* de una sociedad democrática el que los tribunales de justicia ostenten, en todos los casos, la decisión final en relación con la interpretación de las libertades fundamentales. Como bien hace anotar Roa, autores como Dieter Grimm han puesto en entredicho la *necesaria* conexión entre democracia, constitucionalismo y control judicial, lo cual obedece a que:

No se puede formular un postulado general que imponga la necesidad de un sistema de control judicial de la ley en todos los Estados, [ya que pueden] existir diferentes tipos de democracia con diferentes métodos para asegurar la eficacia de la Constitución y que esta última requiere un alto nivel de cultura política que puede darse con diferentes grados (Roa, 2019: 40).

Esto no impide, claro está, que las cortes de justicia se presenten como importantes actores dentro del sistema, ya que están facultadas para sustentar ante el pueblo su lectura con respecto a alguna cláusula constitucional, sin embargo, ella sería solo una más —aunque ciertamente una relevante— en el interior de una compleja constelación de

actores políticos y civiles (Colón, 2013: 355).¹⁰ Sobre este punto, existen diversos autores que han efectuado diversas críticas al control judicial en el marco de Constituciones rígidas, las cuales se basan «en el hecho del pluralismo y los desacuerdos, esto es, en la circunstancia de que vivimos en sociedades donde las personas defienden distintas concepciones del bien, la justicia y el derecho» (Linares, 2008: 303). Lo anterior no quiere decir que las interpretaciones que efectúan las cortes de justicia no sean importantes, y esto incluso se ha advertido en países en los que el principio de soberanía parlamentaria ha estado presente.

De hecho, un dato importante es que, por ejemplo, en el modelo británico el Parlamento no ha sido indiferente con respecto a la interpretación judicial. Al respecto se ha precisado que para 2016 se habían aprobado 34 declaraciones de incompatibilidad, de las cuales 13 dieron lugar a la aprobación de leyes para remediar los vicios detectados (Vírgala, 2017: 112). Es importante precisar que no todas esas declaraciones fueron elevadas al Parlamento británico, ya que algunas de ellas fueron revocadas por un tribunal superior jerárquico. Todo esto implica que, en una considerable cantidad de ocasiones, el Poder Legislativo está dispuesto a examinar la lectura judicial e incluso a cambiar de opinión a propósito de la expedición de un fallo si es que existen importantes razones que lo justifiquen.

De este modo, la tutela de los derechos fundamentales no va de la mano necesariamente con la implementación de un poder judicial fuerte, capaz de imponer sus lecturas y decisiones a los demás actores políticos y civiles. Esto no quiere decir que necesariamente los modelos del denominado *weak constitutionalism* sean mejores o que garanticen, por sí mismos, un mejor nivel de protección de los derechos fundamentales. Lo que desea enfatizarse en este estudio es que se trata de una fórmula a la cual también se podría acudir. Evidentemente, la adopción de alguna clase de modelo de revisión judicial depende de factores tanto históricos como culturales, por lo que el triunfo de alguna fórmula en particular depende de diversas circunstancias. El pasado ya ha demostrado que la simple importación de instituciones foráneas que han funcionado adecuadamente en otros países no implica que esto necesariamente ocurrirá en el país en que se desea adoptar esta misma solución.

Es probable que la existencia de esta clase de modelos justifique que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya sido tan contundente —como lo ha sido la Corte Interamericana— al momento de referirse a las obligaciones de los jueces locales en relación con el Convenio Europeo de 1950. Esta deferencia a los ordenamientos domésti-

10. La importancia de los tribunales de justicia en las actuales democracias es innegable, ya que se constituyen como importantes equilibrios del ejercicio del poder. Uno de los escenarios más sensibles en los que han intervenido es, sin duda, el del control de las leyes de reforma constitucional. En estos supuestos, el control de constitucionalidad puede ser enjuiciado como contramayoritario (en un sentido despectivo), sobre todo cuando es ejercido sobre normas aprobadas por referéndum. No sorprende, en ese sentido, que existan autores que promuevan fórmulas para la democratización y reformulación de la reforma, y promuevan mecanismos de enmienda para permitir a los ciudadanos deliberar acerca de decisiones judiciales relacionadas con el control de constitucionalidad de las leyes.

cos tiene, entre otras tantas explicaciones, su fundamento en la pluralidad de fórmulas que han sido adoptadas al interior de los Estados para el resguardo de la Constitución o de los derechos fundamentales. Esto ha fundamentado que dicho tribunal haya sido más cauteloso al momento de abordar esta materia, al ser consciente del impacto que este criterio puede tener en la distribución interna de poderes en el Estado respectivo.

Los modelos alternativos a la supremacía judicial intentan demostrar que se hace necesaria la presencia de un diálogo, el cual no debe ceñirse únicamente a las cortes, sino que también debe permitir la participación de otra clase de actores. Se estima que, ante la mayor cantidad de personas y/o entidades involucradas en la interpretación de los derechos, va a ser posible identificar alguna forma de tutela que sea óptima. Sin embargo, como se ha indicado, al menos en América Latina la tendencia ha sido la de fortalecer a los tribunales de justicia. Es por esto que, en la mayor cantidad de estudios que estudian el fenómeno del diálogo, por lo general lo reducen al que es posible evidenciar entre las cortes. En ese sentido, es pertinente efectuar algunas reflexiones en torno a este diálogo y cómo es que el mismo podría o no coexistir con el denominado control de convencionalidad.

El diálogo entre las cortes y la dificultad de su implementación en el marco de la exigencia del control de convencionalidad

La creación de distintas instancias de decisión judicial ha generado la creación de una compleja red de tribunales. De este modo, al lado de las clásicas cortes nacionales se han instaurado, a propósito de la celebración de distintos convenios internacionales, tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Este fenómeno, iniciado en Europa con el Convenio de 1950, ha sido posteriormente exportado tanto a América como a África. Asia, a la fecha, sigue siendo aún la notoria excepción.

Estos órganos judiciales se encargan de interpretar las distintas convenciones internacionales de tutela de derechos fundamentales. La interacción entre los tribunales locales y estos instrumentos se ha incrementado a raíz de la cada vez mayor inserción de estos textos como parámetros de interpretación al interior de las Constituciones nacionales. Específicamente, las leyes fundamentales de los Estados han permitido este acercamiento debido a dos tipos de cláusulas: las que otorgan rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos y las que disponen que estos instrumentos deban ser empleados como parámetro para la interpretación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución nacional (Morales, 2014: 243).

Debe recordarse que la progresiva incorporación de estos instrumentos en el derecho interno de los Estados, así como su cada vez más notoria importancia en los fallos de los tribunales de justicia, permite hablar de la existencia de una suerte de *Estados Constitucionales Abiertos* (Di Martino, 2016: 15), lo que refleja la presencia de una considerable voluntad de cooperación internacional. De hecho, no se trata simplemente de una categoría descriptiva, ya que su carácter empírico puede advertirse en los diversos textos constitucionales que regulan aspectos concernientes al derecho internacional.

Uno de los elementos que caracteriza a estos Estados abiertos es el del reconocimiento del valor normativo de los tratados. Esto va a suponer que no solo van a ser reconocidos inmediatamente como parte integrante del derecho nacional, sino que, en muchos casos, van a poder ser aplicados sin la necesidad que exista alguna ley que confirme la validez de su contenido. Naturalmente, siempre existen cuestiones que el derecho internacional deja a criterio de los Estados y que, al no estar directamente estipuladas, puede generar algunos problemas con respecto a su implementación.

En el caso específico de los tratados de derechos humanos, estos inconvenientes suelen estar vinculados con la indeterminación y vaguedad de sus cláusulas. Sin embargo, esta falta de certeza no debe ser entendida necesariamente como algo negativo, ya que permite un importante sistema de diálogo entre diversos actores con el fin de poder precisar el contenido y el alcance de las libertades fundamentales. De hecho, la imprecisión (muchas veces deliberada) de su redacción es un importante estímulo, ya que, al no imponer fórmulas rígidas, permite la coexistencia de distintos enfoques, algo bastante usual si es que se advierten las naturales diferencias sociales e históricas entre los propios Estados.

De esta forma, los tratados internacionales relacionados con los derechos de las personas han permitido la construcción de un estándar mínimo de protección, el cual suele ser complementado por los pronunciamientos de los tribunales encargados de su cumplimiento. Ahora bien, por lo general estos instrumentos internacionales suelen reconocer en su contenido garantías particularmente similares, lo cual ha generado que, en diversas oportunidades, los tribunales regionales coincidan en la interpretación de ciertos derechos fundamentales.

Si a lo anterior se agrega que los tribunales locales cada vez en mayor medida suelen considerar esta clase de pronunciamientos, es posible concluir que las cosas están dadas para el favorecimiento de lo que un sector de la doctrina ha denominado como una especie de *derecho común de la humanidad*. Sobre esto, se ha indicado que:

El centro de gravedad del derecho se está desplazando de la estructura formal de las relaciones entre los Estados y la delimitación de su jurisdicción hacia el desarrollo de normas sustantivas de interés común, esenciales para el desenvolvimiento de una comunidad y para el bienestar personal de los ciudadanos de los Estados que integran dicha comunidad (Jenks, 1969: 29).

De hecho, se ha estimado que estamos en presencia de lo que se podría denominar como una comunidad global de cortes (*global community of courts*). En ese sentido, Anne-Marie Slaughter (2003: 196) ha precisado que los tribunales han transitado de una fase de *recepción* de los pronunciamientos internacionales a una de *diálogo*. Esto implica que los órganos jurisdiccionales locales no solo se encargan de examinar los pronunciamientos de las altas cortes internacionales de justicia, sino que ingresan en un intercambio constante de posturas. Así, puede ocurrir que por la fuerza de los argumentos un tribunal local decida implementar los estándares desarrollados por una corte internacional como que, por ejemplo, una instancia internacional advierta alguna buena práctica dentro de un Estado y decida imitarla.

En efecto, en muchas oportunidades el derecho interno ha sido un importante referente para el diseño de instituciones internacionales o para el establecimiento de parámetros por parte de las cortes de justicia. En relación con lo primero puede destacarse cómo es que, en el caso europeo, muchos de los déficits que se han advertido en la Unión Europea se han iniciado a partir del contraste con lo que ocurre al interior de los Estados (Innerarity, 2017: 25).¹¹ En el ámbito penal internacional, en muchas oportunidades los tribunales también han acudido al derecho comparado para definir los alcances de alguna disposición de un tratado (Delmas-Marty, 2002: 140).¹² De manera similar, en los sistemas tanto europeo como americano de protección de derechos humanos tampoco han faltado referencias a lo dispuesto en el derecho interno de los Estados.

En el caso concreto de los derechos fundamentales, se ha sostenido que ellos son la base de lo que puede ser considerado como un derecho común. Al respecto, se ha señalado que «los tratados básicos en materia de derechos humanos representan [un] elemento central de los valores comunes o compartidos» (Fassbender, 2010: 148). De esta forma, se estima que los derechos fundamentales son la estructura mínima común a los diversos ordenamientos nacionales. Esto generaría que los tribunales de justicia, al desarrollar y complementar el contenido de estos instrumentos, estén coadyuvando a la edificación de una suerte de patrimonio de la humanidad.

Ahora bien, da la impresión que este denominado derecho común se refiere únicamente a bienes esenciales de la humanidad, ya que aún es posible advertir que, en distintas cuestiones, existen importantes discrepancias cuando se debate el contenido específico de diversas libertades. Estas diferencias son aún más notorias cuando se examinan los ordenamientos estatales, los cuales se caracterizan por contener fórmulas considerablemente diversas en relación con los derechos fundamentales. Esto obedece a que no necesariamente todos los Estados afrontan los mismos problemas y, como no puede ser de otra forma, a variables histórico-culturales. En ese sentido, no sorprende que algunos organismos internacionales se hayan preocupado de recoger fórmulas y/o instituciones que intenten recoger ese cuadro plural (Ordóñez, 2008).¹³

11. Sobre esto, se ha advertido que «buena parte de la semántica del déficit democrático [de la Unión Europea] tiene como trasfondo la idea de una estatalidad deficitaria, de un Estado fallido incluso». Ciertamente, el autor admite que esto debería invitar a pensar en una realidad institucional no estatal, pero también hay que reconocer que muchas de estas críticas han permitido fortalecer a órganos como el Parlamento Europeo.

12. Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha sostenido que, en la misión de buscar principios del derecho penal que sean comunes a las distintas familias jurídicas, se debe indagar, con la prudencia necesaria, en el derecho interno de los Estados.

13. Un caso particular se advierte en el modelo europeo. Mientras que por un lado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha desarrollado importante jurisprudencia empleando el conocido «margen de apreciación nacional», por otro también ha existido un importante progreso de la doctrina de las «tradiciones constitucionales comunes» al interior de la Unión Europea. Para ver el origen y la evolución de estas figuras jurídicas, consultar la obra referenciada.

En realidad, los propios tratados internacionales se encuentran en una línea similar. En ese sentido, el artículo 29 de la Convención Americana establece que un criterio de interpretación de los derechos en ella reconocidos se fundamenta en que, de advertirse un mayor nivel de protección dispensado por un ordenamiento nacional, este será de aplicación preferente. Esto, evidentemente, supone que la Corte Interamericana no puede ser indiferente a los desarrollos normativos estatales. Inclusive, es posible agregar que no solo debe tener una especial deferencia con respecto a leyes internas que favorezcan en mayor medida los derechos reconocidos en la Convención, sino que además tiene que examinar cualquier hecho o práctica realizada al interior de un Estado.

De manera reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó su decisión en el caso *Petro con Colombia* (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Petro Urrego Vs. Colombia, 2020),¹⁴ en la cual confirma su jurisprudencia en el sentido que a todas las autoridades (y no solo a las judiciales) les corresponde efectuar un control de convencionalidad. Esto puede suponer un criterio que, en la *praxis*, puede generar ciertos problemas de inseguridad jurídica por la múltiple cantidad de actores habilitados para identificar y aplicar los estándares interamericanos. Del mismo modo, un asunto llamativo es el relacionado a la impredecibilidad de los criterios de interpretación que suele emplear la Corte, la cual, en algunos casos, toma muy en serio la técnica literal, mientras que en otros prefiere acudir a otras fórmulas interpretativas pese a lo rotundo que resulta un texto. En el caso *Petro*, la Corte efectuó una dudosa interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ha inobservado ciertos parámetros de buenas prácticas que se advierten en países de la región.¹⁵ Evidentemente, por el control de convencionalidad que es defendido por la Corte, todos los Estados deberán sujetarse a este entendimiento de dicha disposición.

Esta clase de casos demuestran lo importante que resulta que, en algunos escenarios, los tribunales internacionales tomen en cuenta las instituciones y actuaciones desarrolladas a nivel interno. De la propia lectura de la Convención se desprende que el sistema se fundamenta en el principio de subsidiariedad, el cual implica que el Sistema Interamericano solo puede ser efectivamente activado si es que se identifica alguna vulneración que no se haya sustanciado en virtud del derecho interno.

14. El destacado es nuestro. Sentencia de 8 de julio de 2020. Texto disponible en bit.ly/3kNdVaT [Consulta 23 octubre 2020]

15. Para más información, véase Jorge Roa y Juan Carlos Upegui, «Petro vs. Colombia: Garantías democráticas, originalismo y diálogo pendiente», Konrad Adenauer Stiftung-Diálogo Derechos Humanos-Agenda Estado de Derecho, 5 de octubre de 2020, disponible en bit.ly/3eFwYSi. Los autores mencionan que «la interpretación originalista (textualista) que ha mantenido el Tribunal Interamericano en relación con el artículo 23.2. de la Convención, tanto en *López Mendoza* como en *Petro Urrego*, aparece inicialmente justificada en la máxima restricción de las limitaciones a los derechos humanos. Sin embargo, el texto del artículo 23.2 es susceptible de una interpretación que consulte en simultánea las exigencias de la reserva de legalidad y de jurisdiccionalidad de las limitaciones, con distintas instituciones del derecho interno colombiano que permiten la limitación judicial de los derechos políticos»

De esta sentencia también se advierte un segundo inconveniente al que pueden verse expuestos los tribunales internacionales. Es el relacionado con la imposición a los Estados de fórmulas de protección de los derechos. En el caso concreto del control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana, existe la posibilidad de que este aparezca como un obstáculo para la implementación de un modelo de mutuo aprendizaje entre las cortes. Esto obedece a que el tribunal regional obliga a los Estados a que sus cortes locales, desde el inicio de cualquier proceso, se encuentren vinculadas a los criterios desarrollados en el Sistema Interamericano. También se relaciona con que la Corte Interamericana suele apreciarse a sí misma como una suerte de Tribunal Constitucional Interamericano, con todos los efectos y consecuencias que esto puede conllevar (Contesse, 2018: 1191).¹⁶

De esta forma, el control de convencionalidad podría conducir a lo que se denominó «la simple recepción de los pronunciamientos internacionales». Como se explicó con anterioridad, este esquema de decisión se contrapone al del diálogo judicial, en el que existe una fertilización cruzada y mutuo aprendizaje entre las cortes locales y regionales. En efecto, en un verdadero modelo de diálogo, lo ideal sería que un tribunal internacional permitiera que sea el Estado el que, en primer término y a través de sus cortes locales, pueda ofrecer su lectura en relación con el contenido de los derechos reconocidos en la Convención Americana. En efecto, asumir el diálogo *en serio* implica que los interlocutores estén dispuestos a escucharse mutuamente y que, en el desarrollo de sus ideas, estén dispuestos a cambiar de opinión si es que advierten la existencia de alguna buena razón para ello. Se trata, por esto, del triunfo de los argumentos más convincentes más que de la imposición de razones.

Evidentemente, aún quedan problemas adicionales a este. En el desarrollo de esta investigación, nos hemos enfocado en el denominado diálogo entre cortes. Sin embargo, también es posible advertir que, en los últimos años, se han desarrollado importantes debates en relación con lo que se ha denominado «diálogos interorgánicos», es decir, el intercambio entre los parlamentos y los tribunales de justicia. Esta clase de modelos se han desarrollado particularmente en el Reino Unido, en Canadá y en los Países Bajos. Es importante precisar que suponen la creación de puentes de colaboración entre el Congreso y las cortes (Linares, 2008: 305).

La lógica de estos sistemas que intentan promover la denominada democracia deliberativa es ajena a este estudio, el cual ha decidido centrarse en las relaciones entre los tribunales locales y los de derecho internacional a propósito del control de convencionalidad. Se ha examinado en qué medida la posibilidad de imponer que los jueces domésticos hagan recepción automática de los estándares interamericanos puede suponer una importante merma en la aptitud al diálogo de las cortes de justicia y que, en

16. Como bien ha anotado Contesse, la Corte no necesita abrazar un esfuerzo tan ambicioso para poder ejercer su autoridad, ya que esto puede resultar, en algunos casos, contraproducente. Este autor sostiene que los Estados podrían percibir a la Corte como considerablemente intrusiva, sobre todo porque su autoridad es internacional y no constitucional.

ese sentido, sería importante examinar la interpretación de los derechos efectuada por los órganos jurisdiccionales locales. Esto obedece a que estos últimos son, en realidad, los primeros llamados a conocer de las vulneraciones a estas libertades. Conviene, por esto, detenerse en este punto.

Los tribunales domésticos como el primer fuerte de tutela de los derechos

Es evidente que, por aproximación geográfica, los tribunales internos son los que primero toman conocimiento de las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales. En ese mismo sentido, el principio de subsidiariedad, reconocido en el preámbulo de la Convención Americana, también reconoce que a los organismos internacionales solo les corresponde intervenir ante la inoperancia estatal. Todo esto, en conjunto, supone que el grueso de casos en los que se ven comprometidas las libertades fundamentales de la persona termina siendo examinado, al menos en primera instancia, por las cortes locales. De hecho, muchos de ellos no llegan al Sistema Interamericano porque fueron reparados a nivel nacional.

De este modo, es posible afirmar que es tan importante evaluar quién decide al último como quién resuelve primero una cuestión vinculada con los derechos fundamentales de la persona. Los sistemas regionales e internacionales de protección no existirían si es que los Estados no hubieran desmantelado las libertades e intentado apropiarse de ellas. Representan, por ello, una instancia de decisión que, lejos del furor, se encuentra en una posición más reflexiva para evaluar la controversia. Esto no quiere decir necesariamente que su función sea estandarizar su lectura de los derechos. Es importante que ellos también puedan asimilar y aprender de las buenas prácticas estatales. De hecho, es un camino que en algunos pronunciamientos parece seguir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando recoge los estándares reconocidos por tribunales locales para examinar la configuración de graves violaciones de derechos humanos.

Además, es muy importante advertir que el juez estatal del siglo XXI no es el mismo que el del siglo XVIII. En la actualidad, esta autoridad interactúa más que nunca con tratados u otras fuentes de derecho internacional. En efecto, un juez local, en una controversia de derecho privado, posiblemente tenga que interpretar un tratado de libre comercio. En cuestiones penales también debe interactuar con cuestiones de derecho internacional para decidir si a un funcionario corresponde (o no) la inmunidad diplomática. También se presenta este escenario cuando se reclama ante una alta corte de justicia que un instrumento internacional es incompatible con la Constitución nacional. Estos no son más que algunos ejemplos que advierten la necesidad que los jueces locales también cuenten con una sólida formación en derecho internacional.

A la participación de los tribunales locales también debe agregarse la de otros actores relevantes. Al respecto, se ha indicado que, aunque pueda parecer sorprendente:

La voluntad política de los Estados sigue resultando decisiva en este tema, pues si las normas internacionales surgen del consenso entre ellos, su disposición a aplicar

dichas normas en sus órdenes jurídicos domésticos ha de concretarse con una acción legislativa interna concluyente (Iglesias, 2018: 256).

En efecto, en muchas oportunidades suele dejarse de lado que los parlamentos locales ostentan un rol decisivo en el diseño y la configuración de políticas respetuosas de los derechos fundamentales. En ese sentido, los mecanismos de diálogo no deben reducirse únicamente a examinar la forma en que las cortes locales recepcionan la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sino en qué medida los órganos legislativos desarrollan el contenido de las libertades fundamentales. Así, un genuino intercambio en beneficio de los derechos demandará una acción colectiva que no debería ceñirse únicamente a lo que ocurre en los tribunales de justicia.

En realidad, todo esto ocurre por una realidad innegable que tiene que ver con el hecho que los Estados tienen la libertad de decidir cuándo ser o no parte de algún convenio internacional. Como bien se ha señalado, el alcance, el contenido y la obligatoriedad del derecho internacional se encuentra bajo control de aquellos que lo han creado, y esto repercute en su autoridad y significado (Tzagourias, 2007: 80). Por esto, no sorprende la conocida fórmula del Tribunal Constitucional Federal de Alemania que, a propósito del derecho comunitario, pregona que los Estados son dueños y señores de los tratados (*Herren der Verträge*). El derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial ciertamente ha supuesto un importante viraje con respecto al modelo derivado de la Paz de Westfalia, sin embargo, aún no se encuentra lo suficientemente lejos de él, ya que su éxito aún depende de lo que los Estados puedan decidir.

En ese contexto, a partir de lo que puedan sostener sus tribunales locales, no sorprende que los Estados cuenten aún con un importante margen de lectura de lo dispuesto en los tratados internacionales. Esto, evidentemente, no los autoriza a no acatar lo dispuesto en un fallo de un tribunal internacional, el cual es de pleno cumplimiento. En todo caso, las cosas son aún más complejas cuando frente a un asunto específico pueden concurrir distintos organismos internacionales a conocer lo que es objeto de cuestionamiento, ya que esto puede producir resultados disímiles frente a circunstancias similares. Esto genera que los Estados invoquen un mayor margen de discreción, ya que ni los propios organismos internacionales comparten un mismo criterio. Por esto, no sorprende que la impresión general del derecho internacional sea que este se dirige más a la fragmentación que a la constitucionalización del sistema legal internacional (Paulus, 2009: 70).

Este contexto favorece el diálogo judicial. La inexistencia de alguna clase de autoridad mundial genera que existan múltiples escenarios en los que la interacción y las buenas razones prevalecerán antes que la imposición de criterios, sobre todo en lo que se relaciona con la interpretación de una cuestión tan sensible como la de los derechos. En realidad, y aunque muchos autores hayan destacado las virtudes de esta armonización entre lo interno y lo internacional, también es posible interrogarse con respecto a la viabilidad y la conveniencia del establecimiento de algunos valores comunes a la humanidad. Es bien sabido que estos últimos suelen ser reconocidos en las Constitu-

ciones locales, sin embargo, en muchas oportunidades su significado operativo difiere de un Estado a otro. Este intercambio ha sido también positivo y, por ello, no sorprende que algunos vean en la homogenización de los valores el peligro de que la humanidad se conduzca a alguna clase de Estado mundial.

Un factor adicional se relaciona con la legitimidad de los organismos internacionales para cerrar de manera definitiva las discusiones relacionadas con los derechos. Es cierto que existen importantes esfuerzos para sustentar, por ejemplo, la legitimidad de los tribunales internacionales, y que básicamente se concentran en optimizar las garantías alrededor del desarrollo del proceso y reforzar, a través de la interacción, la decisión final (Bogdandy y Venzke, 2016: 306). Sin embargo, a esto deben oponerse elementos muy importantes relacionados con la cercanía de los ciudadanos con sus respectivos Estados, y que se fundamenta en que, por lo general, ellos no participan de forma directa en la elección de las autoridades de dichos organismos.

Si a esto se agrega que en diversos ordenamientos las leyes internas suelen estar revestidas de una presunción de constitucionalidad a su favor (lo cual obedece a lo que se ha denominado «dignidad democrática de la ley»), puede dificultar la adopción de fórmulas que, como el control de convencionalidad, pretenden regir el proceso interpretativo que se desarrolla *desde abajo* y que, por lo mismo, suele ser más cercano y conocer en mejor medida la realidad del Estado. Sobre este punto, se ha indicado que el ejercicio del control de convencionalidad supone que la declaratoria de incompatibilidad de una norma interna «regularmente conlleva no su inaplicación para el caso concreto, sino su retiro del ordenamiento jurídico, sin que el Estado obligado tenga un amplio margen de apreciación al momento de cumplir la decisión» (Hernández, 2014: 146).

En todo caso, lo que se ha tratado de resaltar en esta investigación es que por lo menos se debería permitir a los Estados brindar su lectura y entendimiento de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Bien puede la Corte sostener que esa interpretación es manifiestamente contraria a los fines de este tratado, como también podría aprehender las buenas prácticas que se desarrollen al interior de los Estados. De hecho, muchos de los organismos internacionales nacen como una posible extensión o prolongación de las experiencias nacionales, por lo que estas últimas pueden brindar importantes elementos a ser valorados.

Reflexiones finales

El control de convencionalidad se ha presentado como una herramienta que fomentaría una suerte de derecho común interamericano. No se trata de un esfuerzo aislado, ya que lo que se intentó luego de la Segunda Guerra Mundial fue fomentar la existencia de un núcleo irreductible de libertades que no pudieran ser impunemente menoscabadas por los Estados. De este modo, se pretendía destacar que solo la armonización de los ordenamientos nacionales podía conducir a la toma de conciencia con respecto a alguna cultura de los derechos.

Sin embargo, este primer ideal tuvo que lidiar con distintos inconvenientes que se advirtieron en los ordenamientos nacionales, y que básicamente se relacionaban tanto con la ubicación jerárquica de los tratados sobre derechos humanos como con las atribuciones de los jueces locales. Se trata, en realidad, de un problema que persiste en la actualidad y que obedece a que el derecho internacional no ha sido capaz de vincular a los Estados, salvo que ellos mismos así lo hayan aceptado. Sin embargo, esta resistencia ha promovido, particularmente en Europa, la promoción de un importante modelo de diálogo entre tribunales de distintos sistemas normativos, y en los que se pretende que, antes que la supuesta jerarquía de un órgano, las que triunfen sean las buenas razones.

No cabe duda de que el Sistema Interamericano ha brindado importantes desarrollos relacionados con los derechos fundamentales. De hecho, ha intentado conducir el reconocimiento de estas libertades en la región. Sin embargo, este propósito, por muy loable que sea, no debe conducir a la supresión de la posibilidad de que los tribunales locales puedan exponer su lectura de los derechos. Es importante recordar que, a diferencia de otros órganos, las cortes de justicia suelen ser cuestionadas con respecto a su presunta falta de legitimidad democrática, y si a ello agregamos el hecho de que se trate de órganos que no operan al interior de los Estados, la situación es aún más problemática.

La Corte Interamericana puede encontrar distintas formas de consolidar su legitimidad. Una de ellas, como ha ocurrido hasta ahora, es por el notable impacto que sus decisiones han generado en los ordenamientos nacionales y que han ocasionado, en muchas oportunidades, que se superen prácticas tradicionales que se traducían en vulneración de los derechos fundamentales. Sin embargo, a esto puede agregarse la interacción con las cortes locales, ya que puede producir un nutrido intercambio en el que ambos órganos puedan enriquecerse.

No debe olvidarse que el derecho internacional ha volteado a mirar en muchas ocasiones buenas prácticas locales y ha tratado de remedarlas. Obligar a los jueces locales a acatar los estándares interamericanos desde el inicio de un procedimiento judicial puede impedir este saludable intercambio. Los Estados seguirán acatando las decisiones judiciales de la Corte mientras sigan siendo parte del Sistema Interamericano. No obstante, sin duda puede ser un importante incentivo el que ellos sepan que no solo deben acatar fielmente lo ordenado por el Tribunal Interamericano, sino que también existe la posibilidad de que ellos mismos puedan ser fuentes de inspiración para los órganos internacionales.

Referencias

- ALBERT, Richard (2017). *Formas y función de la enmienda constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERMAN, Paul (2007). «Global Legal Pluralism». *Southern California Law Review*, 80: 1155-1238. Disponible en bit.ly/2TCCc7t.
- BOGDANDY, Armin e Ingo Venzke (2016). *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho*

- público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CÁRDENES, Agustín (2012). «Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 27: 41-71. Disponible en bit.ly/2TGXfG1.
- CID, Blanca (2016). *¿Debe algún tribunal tener la última palabra? El Tribunal de Justicia y los tribunales de los seis Estados fundadores y del Reino Unido*. Madrid: Marcial Pons.
- COLÓN, Joel (2013). *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CONTESE, Jorge (2018). «The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine». *The International Journal of Human Rights*, 22: 1168-1191. Disponible en bit.ly/2TLumbH.
- CROOTOF, Rebecca (2011). «Judicial influence: Non-Self-Executing Treaties and the Charming Betsy Canon». *The Yale Law Journal*, 120 (7): 1784-1819. Disponible en bit.ly/2HPmaVH.
- DE MONTALVO, Federico (2012). «Las cláusulas *notwithstanding* y *override* del constitucionalismo canadiense». *Teoría y Realidad Constitucional*, 30: 387-409. Disponible en bit.ly/3mC4oDX.
- DELMAS-MARTY, Mireille (2002). «La influencia del derecho comparado sobre la actividad de los tribunales penales internacionales». En Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (editores), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Barcelona: Grupo Editorial Norma.
- DI MARTINO, Alessandra (2016). «El Estado constitucional abierto: La respuesta de Alemania al pluralismo legal y europeo». En Luiz Arcaro y Luca Mezzetti (editores), *Diálogo entre Cortes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FASSBENDER, Bardo (2010). «La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional». En Anne Peters, Mariano Aznar e Ignacio Gutiérrez (editores), *La constitucionalización de la comunidad internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- IGLESIAS, Alfonso (2018). *El juez estatal ante el derecho internacional*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- HAREL, Alon y Shinar, Adam (2012). «Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review». *International Journal of Constitutional Law*, 10 (4): 950-975. Disponible en bit.ly/38ocdzk.
- HERNÁNDEZ, Diana (2014). *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HIRSCHL, Ran (2007). *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press.

- INNERARITY, Daniel (2017). *La democracia en Europa*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- JENKS, Wilfred (1969). *El derecho común de la humanidad*. Madrid: Tecnos.
- KAVANAGH, Aileen (2015). «What's so weak about "weak-form review"? The case of the UK Human Rights Act 1998». *International Journal of Constitutional Law*, 13 (4): 1008-1039. Disponible en bit.ly/2HHrLNX.
- LINARES, Sebastián (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- MORALES, Mariela (2014). «El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana». En Bogdandy, Armin y Serna, José María (coordinadores), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*. México D.F: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht-Universidad Nacional Autónoma de México.
- NIEMBRO, Roberto (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons.
- NOGUERA, Albert (2013). «Supremacía parlamentaria vs. justicia constitucional: Un análisis a partir del caso de la "cláusula de anulación" en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá». *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 27: 167-193. Disponible en bit.ly/35MjWys.
- ORDÓÑEZ, David (2008). *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- PAULUS, Andres (2009). «*The international legal system as a Constitution*». En Jeffrey Dunoff y Joel Trachtman (editors), *Ruling the world? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Nueva York: Cambridge University Press.
- PETERS, Anne (2007). «*The Globalization of State Constitutions*». En Janne Nijman y André Nollkaemper (editores), *New perspectives on the divide between national & international law*. Nueva York: Oxford University Press.
- ROA, Jorge (2019). *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SLAUGHER, Anne-Marie (2003). «*A Global Community of Courts*». *Harvard International Law Journal*, 44 (1): 191-220. Disponible en bit.ly/2GkioU.
- TSAGOURIAS, Nicholas (2007). «*The constitutional role of general principles of law in international and European jurisprudence*». En El mismo (editor), *Transnational Constitutionalism*. Nueva York: Cambridge University Press.
- TUSHNET, Mark (2003). «*New forms of judicial review and the persistence of rights -and democracy- based worries*». *Wake Forest Law Review*, 38: 813-838. Disponible en bit.ly/3n67Nve.
- . (2013). «The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review». *German Law Journal*, 14 (12): 2249-2263. Disponible en bit.ly/3ebjHk9.
- VÍRGALA, Eduardo (2017). *La Constitución británica en el siglo XXI. Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.

WALDRON, Jeremy (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y no en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Sobre el autor

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA es abogado y magíster con especialidad en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres de Lima, Perú. Cuenta con estudios de especialización en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante de España en convenio con la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en Derechos Humanos por la American University-Washington College of Law de Estados Unidos. Se ha desempeñado como docente de Derecho Constitucional Comparado tanto en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima como en la Universidad de San Martín de Porres de Lima, y de Derecho Constitucional en la Academia de la Magistratura del Perú. Es asesor del Tribunal Constitucional peruano. Su correo electrónico es oscar.pazo.pineda@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0002-0482-2410>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io